

Tomasz Gizbert-Studnicki

UJ CIE INSTYTUCJONALNE W TEORII PRAWA

1. Wprowadzenie

Na czym polega „uj cie instytucjonalne”? Mo na twierdzi , e odwoływanie si do instytucji jest istotnym elementem my lenia prawniczego w wielu sferach praktyki prawniczej, a w tym w dziedzinie wykładni prawa, stosowania prawa, działalno ci prawotwórczej oraz w nauczaniu prawa. Trywialne jest spostrze e nie, e prawnicy rozpatruj przepisy prawne nie w izolacji, lecz jako składniki instytucji prawnych (w jakimkolwiek znaczeniu tego poj cia). W szczególno ci interpretacja prawa musi uwzgl dnia istnienie instytucji prawnych. Konkretnie przepisy prawne winny by interpretowane w kontek cie instytucji prawnych, których s składnikami, a interpretacja winna uwzgl dnia cele instytucji i zasady ni rz dz ce. Przepis prawny nie mo e zosta nale ycie zrozumiany bez odniesienia do instytucji prawnej, do której nale y. Zmiany legislacyjne winny uwzgl dnia instytucjonalne tło obowi zujących przepisów i nie powinny zakłóca funkcjonowania odno nych instytucji prawnych. Nauczanie prawa winno by raczej nauczaniem instytucji prawnych, a nie przepisów prawnych, gdy przepisy mog si zmieni , natomiast instytucje prawne s wzgl dnie stabilne i trwałe. Znajomo instytucji prawnych jest niezb dna prawnikom, gdy pozwala im na orientację w stale zmieniaj cym si wicie przepisów prawnych.

Wszystko to, co powiedziano wy ej jest, jak s dz , trywialnie prawdziwe. Zatem mo na twierdzi , i my lenie prawnicze jest z natury swojej „instytucjonalne” w tym sensie, e jego istotn cech stanowi stałe nawi zywanie do instytucji prawnych. Teza taka, mimo e stara si by niekontrowersyjna, jest jednak e wieloznaczna i mało precyzyjna, jako e prawnicy nie posługuj si konsekwentnie jednym, dobrze okre lonym poj ciem instytucji. Nie jest zadaniem tego opracowania obja nienie mo liwych sensów powy szej tezy. Stałe nawi zywanie do instytucji prawnych stanowi ogólny cech praktyki prawniczej, a zatem nie jest cech wyróżniający c jakiegokolwiek nurtu nauki prawa. Mówi c o „my leniu instytucjonalnym” czy „uj ciu instytucjonalnym” mam co innego na my li, a w szczególno ci pewien specyficzny stosunek do podstawowych problemów filozofii i teorii prawa.

Celem niniejszego opracowania jest sformułowanie krótkiej charakterystyki pewnego typu teoretycznoprawnego my lenia o prawie. Jednak e nie jest to esej

z dziedziny historii myśli prawniczej, a zatem nie stawia sobie zadania przedstawienia adekwatnego opisu żadnego z istniejących kierunków w teorii prawa. Podjęta zostanie w nim raczej próba skonstruowania pewnego „idealnego typu” ujęcia podstawowych zagadnień ontologicznych i epistemologicznych teorii prawa, bez względu na to, czy jest ono *de facto* w teorii prawa reprezentowane. Rozważone zostaną także korzyści, wynikające z takiego ujęcia.

Nietrudno odgadnąć, że najlepszym przybliżeniem takiego „typu idealnego” jest teoria Neila MacCormicka i Otta Weinbergera – pozytywizm instytucjonalny¹. Chciałbym podkreślić jednak, że nie jest celem tego opracowania prezentacja i krytyczna analiza koncepcji MacCormicka i Weinbergera. Odwołanie się do ich teorii służyłoby w tym opracowaniu raczej jako ilustracja idealnego typu „ujęcia instytucjonalnego”.

Drugie ograniczenie zadania, jakie stawia sobie niniejsze opracowanie, polega na tym, że zajmuje się ono przede wszystkim próbą usytuowania „ujęcia instytucjonalnego” w pewnych tradycyjnych sporach ontologicznych i epistemologicznych teorii i filozofii prawa.

2. Normatywizm i realizm

Wyróżnić można w tradycji filozofii i teorii prawa dwa podstawowe typy odpowiedzi na fundamentalne pytanie o ontologiczną naturę prawa. Pierwszy typ odpowiedzi charakteryzuje prawo jako normę (zbiór lub system norm). Prawo należy do sfery powinności (*Sollen, ought*). Drugi typ odpowiedzi charakteryzuje prawo jako fakt (konfigurację faktów). Prawo należy do sfery bytu (*Sein, is*) i jest czymś rzeczywistym (społecznym lub psychicznym).

Paradygmat odpowiedzi pierwszego rodzaju znalazł się w czystej teorii prawa Kelsena.

„Przez określenie prawa jako normy (lub, bardziej precyzyjnie, jako systemu norm lub jako porządku normatywnego) i przez ograniczenie nauki prawa do poznania i opisu norm prawnych oraz konstytuowanych przez normy relacji pomiędzy faktami określonymi przez normy, prawo zostaje przeciwstawione przyrodzie, a nauka prawa jako nauka o normach jest przeciwstawiona wszystkim naukom, które dążą do przyczynowego poznania rzeczywistych zdarzeń. Czysta teoria prawa, jako specyficzna nauka prawa, skierowana jest na normy, a nie na fakty, nie jest ona skierowana na akty woli, których znaczeniem są normy prawne, lecz na normy prawne jako znaczenia takich aktów woli”².

Odpowiedzi drugiego typu odnalazł się w tzw. realizmie prawniczym (który, *nota bene*, obejmuje wiele heterogenicznych koncepcji i ujęć badawczych). Cech

¹ N. MacCormick i O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986. Prezentację i analizę krytyczną tej teorii zawiera monografia M. Smolaka, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawnictwa Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998.

² H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, 2nd Edition, Berkeley, Los Angeles, London 1970, s. 75.

wspóln wszystkich uj „realistycznych” jest to, e identyfikuj one prawo z pewnego typu faktami (społecznymi lub psychologicznymi), a zadanie nauki prawa widz w kauzalnym wyja nianiu tych faktów. Nauka prawa zostaje zredukowana do socjologii, a porz dek prawny jest pojmowany jako zespół pewnych regularno ci, pewnych typów ludzkich zachowa . Przedmiot nauki prawa jest okre lany jako „prawo w działaniu” przeciwstawione „prawu w ksi kach”. Zadaniem nauki prawa jest opis prawa w działaniu i przewidywanie decyzji maj - cych zwi zek z prawem.

Zauwa y tu trzeba, e odmiennie ni normatywizm, realizm prawny jest rzadko reprezentowany w swojej czystej postaci. W praktyce bada prawniczych, realizm prawny jest znacznie mniej radykalny. Wąg normatywnego aspektu prawa (jako przeciwstawnego aspektowi faktycznemu) tylko sporadycznie podaje si w w tpliwo .

Kontrowersja pomi dzy realizmem a normatywizmem pojawia si na ró nych poziomach. Najbardziej fundamentalny z tych poziomów to poziom ontologii. Realizm i normatywizm udzielaj rozmaitych odpowiedzi na pytanie jaka jest ontologiczna natura prawa; a w szczególno ci, czy prawo istnieje jako norma czy jako fakt. Warto przy tym zauwa y , e normatywizm odznacza si wy szym stopniem samo wiadomo ci ontologicznej ni realizm. Reali ci s cz ciejsi skłonni do lekcewa enia ontologicznej problematyki prawa, a podstawowym problemom ontologii po wi cają stosunkowo mało zainteresowania. Normatywi ci natomiast skłonni s do przywi zywania znacznie wi kszej wagi do kwestii ontologicznych prawa.

Drugim poziomem, na którym ujawnia si kontrowersja pomi dzy realizmem a normatywizmem, jest poziom epistemologii. Na tym poziomie rozwa a si pytanie, w jaki sposób prawo mo e zosta poznane. Problem poznania jest rozwa any b d jako filozoficzny problem epistemologii, b d te jako problem praktycznej metodologii nauki prawa. W tym ostatnim przypadku problem ten jest ekwiwalentny pytaniu, jakie metody poznawcze s wła ciwe dla poznania prawa.

Po trzecie, kontrowersja pomi dzy normatywizmem a realizmem mo e zosta zaobserwowana w praktyce bada prawniczych. Na tym poziomie kontrowersja ta nie jest zwykle *explicite* formułowana, lecz ujawnia si poprzez formułowanie odmiennych pyta , na które nauka prawa ma udzieli odpowiedzi, oraz poprzez zastosowanie odmiennych uj metodologicznych w nauce prawa. Zazwyczaj praktyka bada prawniczych nie po wi ca wiele uwagi sporom ontologicznym i epistemologicznym. W historii bada prawniczych praktyka badawcza mogła w ró nych czasach i ró nych krajach kła wi kszy nacisk na badanie prawa jako normy (porz dku normatywnego) lub na badanie prawa jako faktu społecznego. Niemniej jednak oba uj cia były i s stale reprezentowane w praktyce bada prawniczych, a legitymizacja ka dego z nich nie jest nigdy całkowicie kwestionowana. Ponadto adne ze skrajnych uj (czysty normatywizm lub czysty realizm) nie dominowało nigdy w praktyce bada prawniczych. Praktyka taka z jednej strony koncentruje si na badaniu prawa jako porz dku normatywnego, z drugiej jednak strony uznawana jest powszechnie waga bada nad prawem jako faktem społecznym czy psychologicznym.

Jednak e nawet je eli praktyka bada prawniczych nie pozostaje pod istotnym wpływem kontrowersji filozoficznych, to fakt ten nie rozstrzyga podstawo-

wego zagadnienia filozoficznoprawnego. Je li oba ujcia s legitymowane, a wi c je eli prawo mo e by pojmwane zarówno jako norma, jak i jako fakt, to jaki jest ontologiczny status prawa.

Na to pytanie w dziedzinie filozofii prawa udzielano rozmaitych odpowiedzi, lecz adna z tych odpowiedzi nie wydaje si zadowolaj ca. W polskiej filozofii i teorii prawa formułowano rozmaite koncepcje charakteryzuj ce prawo jako zło one zjawisko, ł cz ce normatywno z faktyczno ci³. adna jednak z tych koncepcji nie obja niała natury tego poł czenia w sposób, który byłby zadowolaj cy z filozoficznego punktu widzenia. Dyskusja na ten temat w polskiej teorii prawa rozpocz ł si we wczesnych latach sze dziesi tych i trwała do pó nych lat siedemdziesi tych. Osi tej dyskusji była tzw. wielopłaszczyznowa koncepcja prawa (cho nie wszyscy akceptowali poj cie płaszczyzny)⁴. Dyskusja nie doprowadziła jednak e do adnych wniosków, które spotykałyby si z powszechniejsz akceptacj . Jak trafnie wskazał Kazimierz Opalek, wyraz „zło ono ” nie ma sam w sobie adnej mocy eksplanacyjnej, dopóki nie przedstawi si zadowolaj cego ujcia natury tej zło ono ci, a w szczególno ci relacji pomi dzy normatywno ci a faktyczno ci prawa⁵. Dopóki nie przedstawi si zadowolaj cej analizy tej relacji, mówienie o prawie jako o zjawisku lub obiekcie zło onym jest tylko metaforycznym *facort de parler*, a takie ujcie nie mo e zosta uznane za filozoficzn koncepcj prawa. Według Opalka, nie istnieje jedna nauka prawa, odnosz ca si zarówno do jego normatywno ci, jak i faktyczno ci, lecz dwie odr bne nauki, okre laj ce swój przedmiot na ró ny sposób, stosuj ce ró ne metody i dochodz ce do odmiennych rezultatów.

Twierdzenia K. Opalka odnosiły si bezpo rednio do polskiej teorii prawa. S dz jednak, e w czasie, kiedy były formułowane, generalnie były prawdziwe. Nie znana mi jest bowiem adna koncepcja prawa z tych czasów, która w zadawalaj cy i spójny filozoficznie sposób obja niałaby kompleksow (normatywno-faktyczn) natur prawa⁶. S dz, e w tych czasach filozofowie i teoretycy prawa byli wci (wiadomie lub nie wiadomie) wi niami tradycyjnej dychotomii „realizm - normatywizm” i nie mogli dychotomii tej przezwyci y .

Je eli, zgodnie z tym co twierdz N. McCormick i O. Weinberger, Jurisprudence is, and must remain, a joint adventure of lawyers, philosophers and sociologists⁷, filozofia prawa musi wypracowa koncepcj prawa, która b dzie zgodna

³ Por. krytyczne omówienie tych koncepcji K. Opalek, *Przedmiot prawoznawstwa a problem tzw. płaszczyzn prawa*, „Pa stwo i Prawo” z. 6, 1969. Por. tak e H. Jakubiec, *Ontologia a wielopłaszczyznowa koncepcja prawa*, ZN UJ Prace z Nauk Politycznych, z. 12, 1979, s. 107. O funkcjach poj cia płaszczyzny por. J. Wróblewski, *Prawo i płaszczyzny jego badania*, „Pa stwo i Prawo” z. 6, 1969, s. 1001.

⁴ Por. np. Z. Ziembiski, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974, cz. III, s. 286 i n., który nie posługuje si poj ciem płaszczyzny.

⁵ Por. K. Opalek, *op.cit.*

⁶ St d te teza J. Wole skiego, *Empiricism, Theory and Speculation in the General Study of Law*, Archivum Iuridicum Cracoviense, vol. III, 1970, s. 47 i n., który uwa a, e przedmiotem nauki prawa s dwie ró ne, niezwi zane ze sob klasy obiektów.

⁷ N. McCormick i O. Weinberger, *op.cit.*

z uj ciem integracyjnym i uzasadni takie uj cie, a przy tym b dzie w stanie przewyżyć ograniczenia normatywizmu i realizmu.

Koncepcja prawa, która ma szans spełnienia tych wymagań, powstała w późnych latach siedemdziesiątych. Koncepcję tę, z braku lepszego określenia, proponuję nazwać „uj ciem instytucjonalnym”. Jak to się stało dzieje w filozofii i teorii prawa, pewne podstawowe pojęcia i idea tej koncepcji zostały zapożyczone z innych dyscyplin, a mianowicie z filozofii lingwistycznej oraz socjologii.

Przed podjęciem próby charakterystyki ujęcia instytucjonalnego, zajmę się krótkim omówieniem dwóch podstawowych pojęć, którymi posługują się zwolennicy tego ujęcia, a mianowicie pojęć „faktu instytucjonalnego” i „instytucji”. Podkreślam przy tym ponownie, że celem niniejszego pracowania nie jest przedstawienie adekwatnego historycznie opisu żadnej z istniejących koncepcji prawa, lecz raczej scharakteryzowanie pewnego „idealnego typu” możliwych ujęć.

3. Reguły konstytutywne i fakty instytucjonalne

Nie jest przedmiotem niniejszego opracowania opis historycznego rozwoju pojęć reguły konstytutywnej i faktu instytucjonalnego. Mimo że na istnienie reguł konstytutywnych i faktów instytucjonalnych jako pierwsi zwrócili uwagę G.E.M. Anscombe i J. Rawls⁸, zasługę wprowadzenia tych pojęć do dyskursu filozoficznego przypisuje się J. Searle'owi. Z tego też względu pragnę rozpocząć od przytoczenia słynnego cytatu z dzieła J. Searle'a:

„Chciałbym objaśnić odróżnienie pomiędzy dwoma rodzajami reguł, które będą określać jako konstytutywne i regulatywne. Jestem przekonany o zasadności tego odróżnienia, ale nie przychodzi mi łatwo jego objaśnienie. Na początek powiedzmy, że reguły regulatywne regulują niezależne lub niezależnie istniejące formy zachowania się; na przykład reguły etykiety regulują stosunki między osobami, które istnieją niezależnie od reguł. Reguły konstytutywne nie tylko regulują; one kreują lub definiują nowe formy zachowania się. Na przykład, reguły piłki nożnej lub szachów nie tylko regulują grę w piłkę nożną lub w szachy, lecz stwarzają także możliwość uprawiania tych gier. Aktywność polegająca na grze w piłkę nożną lub w szachy jest konstytuowana przez działanie zgodnie z odpowiednimi regułami (lub przynajmniej ich dużym podzbiorem). Reguły regulatywne regulują istniejące niezależnie od nich działania, których istnienie jest logicznie niezależne od reguł. Reguły konstytutywne konstytuują (a także regulują) działania, których istnienie jest logicznie zależne od tych reguł⁹”.

Według Searle'a odróżnienie reguł regulatywnych i konstytutywnych ma swój odpowiednik w odróżnieniu dwóch rodzajów faktów. Fakty zwykle (*brute*) to fakty, które istnieją w świecie niezależnie od jakichkolwiek reguł, wartości lub konwencji. Fakty zwykle mogą być przedmiotem regulacji za pomocą reguł regula-

⁸ J. Rawls, *Two Concepts of Rules*, „Philosophical Review”, 1955, vol. 64 i G.E.M. Anscombe, *On Brute Facts, Analysis*, 1957-1959, vol. 18, no 3.

⁹ J. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, 2nd Edition, London 1977, s. 33-34.

tywnych, lecz istnienie faktów zwykłych nie presuponuje istnienia jakichkolwiek reguł. Z drugiej strony, fakty instytucjonalne to fakty, których istnienie, odmienienie ni istnienie faktów zwykłych presuponuje istnienie pewnych reguł (konstytutywnych). Tylko na gruncie reguł instytucji ma e stwa pewne postacie zachowania si tworzą fakt, e Jan Kowalski za lubia Mari Malinowski. „Tylko na gruncie instytucji pieni dza trzymam teraz w dłoni banknot pi ciodolarowy. Wyeliminuj instytucj i wszystko, co trzymam w r ku stanie si kawalkiem papieru z ró nymi szarymi i zielonymi oznaczeniami¹⁰”.

Sformułowane przez Searle'a obja nienie odró nienia reguł konstytutywnych i regulatywnych oraz faktów instytucjonalnych i zwykłych Searle'a zawiera wiele niejasnych punktów. Po pierwsze, nie jest jasne, jaka jest natura relacji pomi dzy reguł konstytutywn a faktem instytucjonalnym. W szczególno ci nie jest jasne, czy relacja ta ma (*quasi*) ontologiczny charakter (reguła „kreuje” pewn posta zachowania si) czy raczej natur semantyczn (reguła przypisuje okre lone znaczenie zachowaniu si , istniej cemu niezale nie od niej). Po drugie wydaje si , e Searle nie odró nił w nale yty sposób rzeczywistego zachowania si od (mo liwego) typu zachowania si . Reguły regulatywne reguluj pewne typy (mo liwych) zachowa si . Taka regulacja jest niezale na od tego, czy kto kiedykolwiek *de facto* zachowuje si w sposób odpowiadaj cy temu typowi. Reguła (regulatywna) prawa karnego mo e zakazywa zabójstwa, nawet gdyby nigdy nikomu nie przyszło na my l zabicie drugiego człowieka, a zatem nawet wtedy, gdy odpowiedni zwykły fakt nigdy nie powstał. St d te reguły regulatywne mog regulowa takie typy zachowania si , którym nie odpowiada adne rzeczywiste zachowanie si . Podobnie, reguły konstytutywne mog kreowa (lub definiowa) takie typy faktów instytucjonalnych, którym nie odpowiada adne rzeczywiste istniej ce fakty instytucjonalne. Potrzebne jest zatem odró nienie rzeczywistych i wirtualnych faktów zwykłych i instytucjonalnych. Po trzecie, Searle wydaje si uto samia fakty instytucjonalne z rzeczywistymi zachowaniami si ludzkimi, nie dostrzegaj c takich faktów instytucjonalnych, które nie mog by opisane jako zachowania si ludzkie. Po czwarte, Searle definiuje reguły konstytutywne na dwa ró ne sposoby, które nie s ze sob całkowicie równowa ne. Jego pierwsza definicja odwołuje si do funkcji reguł konstytutywnych (które „kreuj ” lub „definiuj ” nowe formy zachowania si), podczas gdy jego druga definicja odwołuje si do struktury reguł konstytutywnych (które mają posta „X liczy si jako Y”).

Wszystkie te (a tak e inne) wady koncepcji Searle'a zostały ujawnione i przedyskutowane zarówno w literaturze filozoficznej, jak i teoretycznoprawnej¹¹. Mimo e w rezultacie tych dyskusji nie powstała ogólnie akceptowana teoria reguł konstytutywnych i faktów instytucjonalnych, niektóre ustalenia tych dyskusji s powszechnie akceptowane i, jak s dz , niekontrowersyjne. W moim przekonaniu przedstawione poni ej stwierdzenia stanowi zatem wspólny trzon rozmaitych koncepcji reguł konstytutywnych i faktów instytucjonalnych:

¹⁰ *Ibidem*, s. 51.

¹¹ Najdokładniejsze krytyczne omówienie rozmaitych koncepcji reguł konstytutywnych i własn oryginaln koncepcj zawiera monografia J. Czepity, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996.

(i) Odró nienie reguł konstytutywnych i regulatywnych jest zasadne i płodne, aczkolwiek zaproponowane przez Searle kryteria nie s precyzyjne i prowadzi do krzy uj cych si mi dzy sob podziałów reguł.

(ii) Relacja pomi dzy regułami konstytutywnymi a faktami instytucjonalnymi nie mo e zosta adekwatnie opisana przez metaforyczne sformułowanie, e „reguły konstytutywne kreuj nowe formy zachowania si ”. Nie istnieje powszechnie akceptowany pogl d dotycz cy natury tej relacji. Niemniej jednak, dwa ró ne typy relacji winny zosta odró nione. Po pierwsze, reguła konstytutywna mo e przypisywa pewne konwencjonalne znaczenie formie zachowania si istniejcej (lub lepiej; która mo e zaistnieć) niezależnie od takiej reguły. I tak np. reguły etykiety przypisują znaczenie powitania zachowaniu si , polegaj cemu na zdj ciu przez kogoś kapelusza. Zdjęcie kapelusza jest zachowaniem si , którego istnienie (lub raczej mo liwo zaistnienia) nie zależy od istnienia jakichkolwiek reguł. Rola odpowiedniej reguły konstytutywnej polega na przypisaniu temu zachowaniu si okre lonego znaczenia, a w szczególności znaczenia powitania. Zatem, wskazana forma zachowania si jest odpowiednio kwalifikowana przez regułę konstytutywną. Z drugiej strony, mo liwo pewnych form zachowania si logicznie zależy od istnienia pewnych reguł. Zadanie mata w szachach nie byłoby możliwe, gdyby nie istniały reguły kształtujące gr w szachy. Mo na zatem powiedzieć, e takie reguły stwarzają mo liwo pewnych form zachowania si .

(iii) Zwykle mo liwo pewnych form zachowania si zależy logicznie nie tyle od istnienia pojedynczej reguły konstytutywnej, lecz raczej od istnienia całego zbioru (lub systemu) takich reguł. Taka forma zachowania si jak zadanie mata w szachach zakłada istnienie całego systemu reguł kształtujących gr w szachy. Takie formy zachowania si s cz ciami pewnych praktyk społecznych i s możliwe tylko w obszarze danej praktyki społecznej jako całości. Danie mata nie może zaistnieć jako izolowany fakt instytucjonalny, niezależnie od innych faktów składających się na gr w szachy (a więc np. otwarcia gry).

(iv) Poszczególne reguły konstytutywne mogą pełnić różne role w kształtowaniu praktyki społecznej opartej na takich regułach. Z tego względu należy wydzielić różne typy lub rodzaje reguł konstytutywnych. Reguły konstytutywne stanowiące podstaw pewnej praktyki społecznej tworzą system. Pomiędzy takimi regułami muszą zachodzić pewne relacje, aby dana praktyka społeczna była możliwa. Według McCormicka, wyróżnia się trzy typy reguł konstytutywnych: (a) reguły instytucyjne, określające warunki istotne dla powstania odpowiednich typów faktów instytucjonalnych, (b) reguły konsekwencyjne, określające normatywne konsekwencje (uprawnienia, zobowiązania, kompetencje, obowiązki itp.) powstania faktu instytucjonalnego określonego typu oraz (iii) reguły terminatywne określające okoliczności powodujące unicestwienie faktu instytucjonalnego określonego typu¹². W przypadku braku reguł któregoś z wymienionych rodzajów, dana praktyka społeczna jest wadliwa, a w szczególności niezupełna i niekonkluzywna.

¹² N. McCormick, *Institutions, Arrangements and Practical Information*, „Ratio Iuris”, vol. 1, no 1, March 1988.

Mo na wyobrazi sobie inne kategoryzacje reguł konstytutywnych (np. mo na odró ni reguły odnosz ce si do wła ciwo ci i kwalifikacji osób uczestnicz cych w danej praktyce społecznej, reguły odnosz ce si do charakterystyki działań takich osób i reguły odnosz ce si do konsekwencji takich działań). By mo e jest tak, e rozmaite odró nienia rodzajów reguł konstytutywnych winny by poczynione w odniesieniu do poszczególnych rodzajów praktyki społecznej. Niezale nie jednak e od tego, jak klasyfikacj czy te typologi reguł konstytutywnych zaakceptuje si, wydaje si jasne, e reguły konstytutywne nie tworz jednej kategorii, gdy maj ró ne wła ciwo ci tre ciowe i strukturalne. Ponadto reguły konstytutywne odnosz ce si do danego typu praktyki społecznej s ze sob powi zane w taki sposób, e tworz system.

Powy sze spostrze enie prowadzi nas do nast pnego kluczowego poj cia, a mianowicie poj cia instytucji.

3. Poj cie instytucji

Trywialne jest spostrze enie, e wyraz „instytucja” jest u ywany w naukach społecznych i w nauce prawa w niejednolity i niespójny sposób¹³. Wyraz ten ma ró ne, aczkolwiek powi zane ze sob znaczenia. Zapewne socjologowie i prawnicy maj pewne wspólne intuicje znaczeniowe zwi zane z tym wyrazem. Intuicje takie s jednak e niejasne i mało precyzyjne, a przy tym s one rzadko ujawniane *explicite*. Odnosi si niekiedy wra enie, e wyraz „instytucja” niczego okre lonego nie denotuje, lecz jest u ywany w funkcji „magicznej”. Odwołanie si do „instytucji” nie pełni niekiedy w rzeczywisto ci adnej funkcji eksplanacyjnej, lecz stanowi tylko pozór wyja nienia.

Nie jest celem niniejszego opracowania stworzenie wyczerpuj cego katalogu wszystkich znacze wyrazu „instytucja”. Chciałbym natomiast podj prób rekonstrukcji podstawowych intuicji znaczeniowych, wi zanych z tym wyrazem. S dz, e niezale nie od specyficznych cech poszczególnych znacze tego wyrazu, takie podstawowe intuicje s odzwierciedlone w ka dym z tych znacze .

(i) Instytucja jest w jaki sposób odniesiona do norm społecznych. Natura relacji pomi dzy instytucj a normami społecznymi mo e by ujmowana na rozmaite sposoby (w zale no ci od szczególnego znaczenia, w jakim wyraz „instytucja” jest u ywany), jednak e instytucja nie mo e istnie bez norm społecznych. Niekiedy instytucja jest po prostu identyfikowana w pewnym zbiorze norm społecznych (a zatem istnieje w sferze norm), czasami twierdzi si, e instytucja presuponuje istnienie norm społecznych. Do problemu tego powróc poni ej, w zwi zku z pytaniem o ontologiczn natur instytucji.

(ii) Instytucja jest zło ona. Składa si ona z ró nych komponentów, którymi (znów w zale no ci od przyj tego znaczenia wyrazu „instytucja”) s b d normy

¹³ Por. analiz poj cia instytucji w Z. Ziembicki, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa 1980.

społeczne, b d pewne zachowania si (lub raczej pewne typy zachowa si). Elementy instytucji powi zane s przez rozmaite relacje. Instytucja nie jest po prostu zbiorem norm społecznych (lub zbiorem typów zachowa si), lecz systemem, okre łonym przez relacje zachodz ce pomi dzy jego elementami. Poszczególne elementy instytucji nabieraj znaczenia tylko w kontek cie instytucji jako cało ci. Mog one by zrozumiane i zinterpretowane tylko na tle innych elementów, poprzez odwołanie si do ich powi za z ró nymi elementami.

(iii) Komponenty ka dej instytucji s zintegrowane poprzez wspólny cel lub wspóln warto przypisan danej instytucji jako cało ci. Mimo e uczestnicy instytucji nie musz by wiadomi takiej zasady integracji, nie mo e istnie instytucja nieposiadaj ca takiej warto ci lub celu. Dana instytucja mo e by zintegrowana w odniesieniu do wi cej ni jednej warto ci lub celu. Rzecz jasna, cele lub warto ci zwi zane z dan instytucj niekoniecznie musz mie charakter moralny.

(iv) Instytucja trwa w czasie. Nie jest ona chwilowa, lecz trwała. Nowe instytucje mog powstawa , dawne instytucje mog by eliminowane z praktyki społecznej, lecz cech ka dej instytucji jest to, e trwa ona, a nie wydarza si .

(v) Instytucja mo e zmieni si bez utraty swej identyczno ci. Nawet je eli pewne komponenty instytucji zostan zast pione innymi lub wyeliminowane, instytucja nie traci swej identyczno ci.

Jak chodzi o ontologiczny status instytucji, to konieczne jest dokonanie odró - nienia pomi dzy instytucj jako bytem abstrakcyjnym, a instytucj jako realizacj takiego bytu. Instytucja jako byt abstrakcyjny nale y całkowicie do sfery norm. W szczególno ci instytucja tak poj ta jest systemem reguł, stanowi cych podstaw pewnej dziedziny praktyki społecznej. W takim sensie instytucja mo e istnie , nawet je eli nie odpowiada jej w rzeczywisto ci adna praktyka społeczna (tj., je li nikt nie jest w tak praktyk *de facto* zaangażowany). Mo na wyobrazi sobie instytucj w tym sensie, jako tak , która nigdy nie została zezempflikowana w praktyce społecznej. Różne utopie społeczne zawieraj wiele przykładów tego rodzaju instytucji.

Zwykle jednak e istnieje praktyka społeczna odpowiadaj ca instytucji poj tej jako byt abstrakcyjny. Ludzie przestrzegaj reguł stanowi cych komponenty takiej abstrakcyjnej instytucji, a inni postrzegaj ich zachowanie jako oddzieln sfer praktyki społecznej. Rzeczywiste zachowanie si adresatów takich reguł, postrzegane z punktu widzenia reguł stanowi cych komponenty abstrakcyjnej instytucji, stanowi instytucj konkretn . I tak, np. w Rzeczypospolitej Polskiej istnieje instytucja parlamentaryzmu, tworzona przez reguły zawarte w konstytucji, w innych ustawach oraz przez wiele ró nych niepisanych reguł zwyczajowych. System takich reguł tworzy instytucj w sensie abstrakcyjnym. Z drugiej strony istnieje pewna praktyka społeczna, kierowana przez te reguły. Z perspektywy reguł tworzy cych abstrakcyjn instytucj parlamentaryzmu, ta praktyka społeczna jest postrzegana jako konkretna instytucja parlamentaryzmu. Warto podkre lenia jest to, e z jednej strony konkretna instytucja nie jest mo liwa bez istnienia instytucji w rozumieniu abstrakcyjnym. Z drugiej jednak strony instytucja konkretna nie musi doskonale odzwierciedla tre ci reguł składaj cych si

na instytucję abstrakcyjną. Przeciwnie, taka praktyka społeczna czy stokrotnie istotnie odbiega od reguł składających się na instytucję abstrakcyjną, lecz nadal jest postrzegana jako urzeczywistnienie instytucji abstrakcyjnej. Na pytanie, w jakim zakresie takie odstępstwa są możliwe, aby nadal dana praktyka społeczna była postrzegana jako urzeczywistnienie instytucji w sensie abstrakcyjnym, nie sposób udzielić generalnej odpowiedzi.

Jakoś to, że nie jest to, że instytucja konkretna (jako urzeczywistnienie instytucji abstrakcyjnej) nie może powstać bez istnienia instytucji abstrakcyjnej. Z ontologicznego punktu widzenia instytucja konkretna należy do sfery faktów, a w szczególności jest faktem instytucjonalnym powstającym w pewnej sferze praktyki społecznej.

Instytucja w znaczeniu abstrakcyjnym zło ona jest z rozmaitego rodzaju reguł. Niezwykle ważnym komponentem instytucji w znaczeniu abstrakcyjnym są jednak te reguły konstytutywne. Nie może istnieć instytucja niezawierająca reguł konstytutywnych, jednak te zwykle instytucja zawiera także reguły regulatywne. Z tego też względu reguły stanowiące komponenty instytucji nie tylko umożliwiają pewną praktykę społeczną, lecz także ją regulują. Instytucja nie tylko przypisuje znaczenie pewnym uprzednio istniejącym formom zachowania się, lecz także zakazuje i nakazuje pewnych form zachowania się w danej dziedzinie praktyki społecznej.

4. Instytucjonalne ujęcie do prawa

„Reguła konstytutywna”, „instytucja”, „fakt instytucjonalny” to słowa - klucze instytucjonalnego ujęcia prawa. Może ono zostać krótko scharakteryzowane w następujący sposób:

(i) Ontologia prawa

„Fakty instytucjonalne” mają rzeczywisty byt. Fakty instytucjonalne istnieją (używając określenia Z. Bańskiego) w ramach pewnego sposobu myślenia, a nie jako obiekty fizyczne, niezależne od człowieka. Fakty instytucjonalne nie należą do platońskiego świata idei. Są one „zakotwiczone” w świecie fizycznym, jako że nie mogą powstać bez pewnych zdarzeń w świecie fizycznym. Fakty instytucjonalne nie istnieją niezależnie od faktów zwykłych (*brute facts*), gdy ich istnienie presuponuje istnienie faktów zwykłych. Za Bańskim powtórzmy również, że pojęcie faktu instytucjonalnego należy do aparatu wyjaśniania czegoś świat fizyczny, a nie do świata postulowanego jako idealnie istniejącego poza i niezależnego od świata fizycznego. Z kolei istnienie faktów instytucjonalnych presuponuje istnienie pewnych reguł konstytutywnych. Na podstawie takich reguł (a dokładniej opierając się na abstrakcyjnych instytucjach, w skład których te reguły wchodzi) ludzie są zdolni do zwikszenia ilości faktów w świecie bez konieczności zwikszenia liczby rzeczy materialnych.

Prawo należy do świata faktów instytucjonalnych. Oznacza to, że ani normatywizm (zgodnie z którym prawo należy całkowicie do świata norm), ani realizm (zgodnie z którym prawo należy całkowicie do świata faktów) nie są prawdziwe.

Z ontologicznego punktu widzenia znika dychotomia *Sein* i *Sollen*. Nie mo e istnie prawo bez istnienia reguł (jako e reguły s warunkiem mo liwo ci faktów instytucjonalnych). Z drugiej strony nie mo e istnie prawo bez faktów (faktów zwykłych), jako e fakty instytucjonalne musz mie psychofizyczny substrat. Poj cie faktu instytucjonalnego dostarcza nam aparatu pozwalaj cego na wyja nienie janusowego oblicza prawa, które stanowi zagadk dla filozofii prawa; prawo jako fakt instytucjonalny ma charakter zarówno normatywny, jak i faktyczny. Jednocze nie poj cie to pozwala nam na zrozumienie, jaka jest natura wzajemnej relacji pomi dzy faktami a normami.

U ywaj c tradycyjnej terminologii, je eli badamy prawo jako fakt instytucjonalny, to koncentrujemy si raczej na *law-in-action*, ni na *law-in-books*. Postrzegamy bowiem prawo jako cz wiata faktów, a nie jako zbiór norm czy reguł. Nie oznacza to jednak e, e uj cie instytucjonalne kontynuuje tradycje realizmu prawnego. Przeciwnie, odró nienie *law-in-action* i *law-in-books* ma całkowicie inny cel. Przez podkre lanie tego odró nienia, reali ci twierdz : je eli chcesz dowiedzie si , czym jest prawo, nie wertuj ksi g prawniczych, gdy uzyskasz wtedy fałszyw lub myl c wiedz , odbiegaj c od realno ci prawa. Pod tez tak nie podpisaliby si zwolennicy uj cia instytucjonalnego. Zgodnie z takim uj ciem ksi gi prawnicze s niezb dne do poznania prawa jako faktu instytucjonalnego, jako e nie mo e zaistnie fakt instytucjonalny bez reguł konstytutywnych tworzcych abstrakcyjn instytucj prawn .

(ii) Epistemologia

Jedn z konsekwencji pojmowania prawa jako faktu instytucjonalnego jest to, e dualizm metod poznawczych nauki prawa mo e zosta wyja niony i usprawiedliwiony. Skoro prawo jest faktem, nauka prawa musi u ywa metod nauk empirycznych (socjologii, psychologii, psychologii społecznej). Z uwagi na to, e prawo ma charakter instytucjonalny, a zatem mo e istnie tylko w kontek cie systemu reguł, nauka prawa musi u ywa metod wła ciwych dla poznania reguł jako j - zykowych (czy semantycznych) bytów. Z tych te wzgl dów, jak mówi MacCormick, „prawoznawstwo jest i musi pozosta wspóln przygod prawników, filozofów i socjologów”. Prawoznawstwo jest przygod filozofów, gdy filozofia obja nia, w jaki sposób istniej fakty instytucjonalne i jaka jest ich relacja do reguł. Prawoznawstwo jest przygod prawników, gdy specjalne umiej tno ci prawnicze oraz tradycyjna metodologia prawników s niezbędne w celu interpretacji reguł, powia zania reguł z faktami oraz analizy relacji zachodzycych z jednej strony pomi dzy różnymi regułami, a z drugiej strony pomi dzy regułami a faktami. Prawoznawstwo jest przygod socjologów, poniewa prawoznawstwo musi bada porz dek społeczny tworzony przez abstrakcyjne instytucje prawne oraz zrozumie faktualny komponent faktów instytucjonalnych, a tak e funkcje społeczne instytucji. Trzeba jednak e zauwa y , e prawoznawstwo jest przygod pewnego specyficznego typu socjologii. Prawoznawstwu potrzebne jest raczej socjologiczne zrozumienie pewnych konfiguracji faktów zwykłych, a nie przyczynowe wyja nienie takich faktów. Prawoznawstwu potrzebne jest takie uj cie socjologiczne, które si koncentruje raczej na interpretowaniu ludzkich zachowa si jako zachowa wyposa onych w znaczenie na gruncie instytucji społecznych i prawnych, a nie takie uj cie, które szuka przyczynowego wyja nienia takich zachowa si .

Prawoznawstwo potrzebuje pomocy socjologii w celu zrozumienia funkcji instytucji i ich zdolności do spełniania tych funkcji.

5. Wnioski

Ujęcie instytucjonalne nie ma charakteru rewolucyjnego. Stanowi ono raczej kontynuację pewnego sposobu myślenia, obecnego od dłuższego czasu w teorii i filozofii prawa. Podejście instytucjonalne odwołuje się do pewnych tradycyjnych ujęć nauki prawa i podtrzymuje główne idee pozytywizmu prawniczego. Wykorzystuje ono pewne ujęcia filozoficzne, co w żadnej mierze nie jest czymś nadzwyczajnym czy rewolucyjnym w teorii prawa.

Słuszne jest fakt, iż ujęcie instytucjonalne nie zaburza tradycji myślenia teoretycznoprawnego i nie wymaga od teoretyków prawa porzucenia wszystkich dotychczasowych koncepcji i budowania teorii prawa od nowa, wiadczy o sile, a nie o słabości tego ujęcia.

Nie będąc rewolucyjne, ujęcie instytucjonalne pozwala na rozwiązanie jednego z podstawowych dylematów w tradycji teorii i filozofii prawa, a mianowicie dylematu normatywizmu i realizmu. Oferuje ono aparat pojęciowy, która pozwala nam na pogodzenie dwóch aspektów prawa; a mianowicie prawa jako normy i prawa jako faktu. Rzecz jasna, rozwiązanie proponowane przez ujęcie instytucjonalne zapewne nie wszystkich zadowoli, a w szczególności tych, którzy pojmują zadanie nauki prawa jako wyjaśnienie przyczynowe pewnych faktów. Ujęcie instytucjonalne należy raczej do tradycji humanistyki, niż do tradycji *science*.